

3A1PA 4300-72

JZ

2017 **Juristen** **Zeitung**

Redaktion

Martin Idler

72074 Tübingen, Wilhelmstraße 18

Telefon (0 70 71) 923-0 oder 923-52, Telefax (0 70 71) 923-67

e-mail: jz@mohr.de

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.

Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg

Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz



Mohr Siebeck

Komm, HGB § 264 Rn. 56), nur Anhaltspunkte für die Erheblichkeit liefern. Sie stellen lediglich Indikatoren dar und sind durch qualitative Beurteilungskriterien zu ergänzen. Insbesondere in Zweifelsfällen ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände unverzichtbar (vgl. *Dannecker*, in: *Staub*, Großkommentar HGB, 5. Aufl., § 331 Rn. 64 m. w. N.).

[46] Eine solche Gesamtbetrachtung hätte das LG hier vornehmen müssen. Dabei hätte etwa eingestellt werden müssen, dass die Ertragslage der H. für die Kapitalmarkttöflichkeit unter dem Eindruck der Subprime-Krise und des durch sie hervorgerufenen allgemeinen Misstrauens gegenüber Finanzinstituten von großer Bedeutung war. Soweit das LG ergänzend ausführt, dass es für die Erheblichkeit keinen Unterschied mache, ob die unrichtige Darstellung der Ertragslage zu einem Wechsel vom Verlust in den Gewinnbereich führe, vermag dies im vorliegenden Fall nicht zu überzeugen. Vor dem Hintergrund der Subprime-Krise war es – worauf die Revision ebenfalls zu Recht hinweist – vielmehr von nicht geringem Belang, ob die H. trotz angespannter Kapitalmarktlage einen (kleinen) Quartalsgewinn erreichen konnte oder ob sie – von dieser getroffen – einen Verlust hinzunehmen hatte. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des (ursprünglich) geplanten Börsengangs. Insoweit hätte das LG auch näher darlegen müssen, ob dieser zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Quartalsberichtes und der Pressemitteilung am 20. 6. 2008 noch beabsichtigt war. Gerade für (potentielle) Anleger war die Frage bedeutsam, ob trotz angespannter Kapitalmarktlage ein Gewinn erzielt werden konnte.

[47] 3. Der Senat hebt die an sich rechtsfehlerfreien Feststellungen des Urteils auf, da die freigesprochenen Angeklagten keine rechtliche Möglichkeit hatten, diese anzugreifen.

[48] 4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

[49] a) Für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten nach § 266 StGB (zusätzlich zu den Hinweisen unter oben II. 1.):

[50] Das LG hat mit nachvollziehbaren Erwägungen angenommen, dass durch die Transaktion „Omega 55“ aufsichtsrechtlich keine RWA-entlastende Wirkung erzielt wurde (*LG Hamburg* a. a. O., Rn. 482 ff.). Soweit es jedoch davon ausgegangen ist, dass die Transaktion angesichts des Ziels einer RWA-Entlastung insgesamt sinnlos gewesen und deshalb ein Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtkosten der Transaktion eingetreten sei (*LG Hamburg* a. a. O., Rn. 991 ff.), wird das neue Tatgericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen haben. Die Urteilsbegründung spricht bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion für das Bestehen nicht geringer Chancen, dass das Geschäft aufsichtsrechtlich nicht beanstandet worden wäre, deshalb das verfolgte Ziel, die RWA-Entlastung gegenüber der Kapitalmarkttöflichkeit geltend zu machen, hätte erreicht werden können und Nachteile für die H. am Kapitalmarkt vermieden worden wären (siehe insbesondere *LG Hamburg* a. a. O., Rn. 1211, 1418). Die Transaktion stellte sich wegen ihres (aufsichts-) rechtlich nicht garantierten, sondern nur faktisch erzielbaren wirtschaftlichen Erfolgs als ein „Risikogeschäft“ dar, bei dem unter besonderen Umständen die Erwartung künftiger Vorteile einen Nachteil schon bei seiner Entstehung ausgleichen und wirtschaftlich aufheben kann (*BGH*, Urteile v. 19. 1. 1954 – 1 StR 579/53; und v. 6. 10. 1959 – 1 StR 203/59; so bereits *RG JW* 1934, 2923, Nr. 29; 1936, 882, Nr. 27).

[51] Dem steht nicht entgegen, dass das Geschäft – bei nicht gegebener aufsichtsrechtlicher Anerkennungsfähigkeit – zumindest objektiv auf eine moralisch bemakelte Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen zu schützen (*Rönau* ZStW 2006, 887, 921). Bei der Untreue ist die Nachteilszufügung nur durch einen Vergleich des Vermögens, das der Betreute ohne die Pflichtverletzung des Tä-

ters hätte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Pflichtverletzung verfügt, festzustellen. Dabei ist jeder Vorteil zu berücksichtigen, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist. Zum Vermögen gehört nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist (vgl. *BGH*, Urteil v. 27. 2. 1975 – 4 StR 571/74 = *NJW* 1975, 1234 m. w. N.). Dementsprechend sind die Chancen eines „Kapitalmarkterfolgs“ des Geschäfts als möglicher Ausgleich des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen. Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn die Angeklagten mit der Genehmigung des Geschäfts gegen ihre Legalitätspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verstoßen hätten, wofür sich aus den Feststellungen aber keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben (vgl. zur Legalitätspflicht *BGH*, Urteil v. 27. 8. 2010 – 2 StR 111/09 m. w. N.; *Spindler*, in: *MüKo-AktG* a. a. O., Rn. 73 ff. m. w. N.).

[52] b) Für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten F. und N. nach § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG gilt:

[53] Im angefochtenen Urteil fehlt es zum einen an einer nachvollziehbaren Darlegung der bilanziellen Falschverbuchung, die dem Quartalszwischenbericht und der hierzu ergangenen Pressemitteilung zugrunde lag. Diese wird das neue Tatgericht zu leisten haben. Im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestandes wird es sein Augenmerk darauf zu richten haben, dass nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des angefochtenen Urteils die fehlerhafte Bilanzierung erst im November 2008 „entdeckt“ wurde (*LG Hamburg* a. a. O., Rn. 686 ff.).

Anmerkung

Professor Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg*

I. Strafrecht und Finanzmarktkrise: Eine Fehlannonce

1. Finanzmarktkrise und strafrechtliche Zurechnung

Als die Finanzbranche noch rauschende Feste feierte, organisierte Dr. Daniel D., der einst bei Axel Weber promoviert und sodann in einem Versicherungskonzern eine glanzvolle Karriere begonnen hatte, eine sogenannte Wettbewerbsreise für besonders ertragskräftige Mitarbeiter.¹ Die Reise, die in einer Budapester Badeanstalt endete, galt beim Vorstand seines Unternehmens als besonders gelungen; sie sei alsbald zu wiederholen. Vier Jahre später, im Jahr 2011, hatte sich der Geist im Unternehmen und in der Gesellschaft grundlegend verändert. Nachdem Zeitungen über die „Lustreise“ berichtet hatten, musste Dr. D. das Unternehmen verlassen. Die Staatsanwaltschaft nahm Ermittlungen wegen des Verdachts der Untreue auf. Was wenige Jahre zuvor noch die exzellente Arbeit eines auch für Personal und dessen Motivation zuständigen Spitzenmanagers gewesen war, stand nun für die moralische Depravation einer ganzen Branche im Vor- und Umfeld der Finanzmarktkrise.

Auch mit Blick auf das Geschäftsgefahren in vielen Banken lässt sich sagen, dass vor Ausbruch der Krise vieles als smart galt, was heute kritisiert wird.² Über das Stadium der folgenlosen Kritik ist die Gesellschaft auch zehn Jahre nach Ausbruch der Krise indes nicht hinausgekommen. So ist der Gesetzgeber – trotz der medial befeuerten gesellschaftlichen Stimmung – nicht dem „Volkszorn“ nachgeeilt,³ sondern hat

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg.

1 Siehe das eindringliche Portrait von *Osang* Der Spiegel 10/2017, S. 54 ff.

2 So treffend *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 1081b.

3 So aber *Brand* ZVglRWiss 113 (2014), 142, 143. Wie hier *Schröder* WM 2014, 100, 101 f.

mit § 54a KWG einen Straftatbestand geschaffen, vor dem sich die Geschäftsleiter von Kreditinstituten nicht fürchten müssen.⁴ Dabei ließe sich eine Verschärfung des Strafrechts unschwer mit dem Umstand begründen, dass beinahe alle Ermittlungen gegen Verantwortliche in Banken wegen riskanter Geschäfte im Vorfeld der Subprime-Krise nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO oder nach Erfüllung einer Auflage eingestellt worden sind. *Jahns* Prognose, dass das Strafrechtssystem auf die Komplexität der Finanzkrise vor allem mit „flexiblen Erledigungsformen“ reagieren werde,⁵ sieht sich mithin eindrucksvoll bestätigt. Damit hat die Justiz zugleich den wissenschaftlichen Streit darüber entschieden, ob sich die Verantwortlichen in Banken und Versicherungen das, was die Gesellschaft im Nachhinein als Exzess erkannte, strafrechtlich zurechnen lassen müssen. Die Antwort lautet: nein.

2. § 266 StGB als untaugliches Werkzeug

Dies liegt freilich nicht daran, dass die Finanzmarktkrise auf einem „systemischen Versagen“ der Finanzmärkte beruht, innerhalb dessen sich Schäden von vornherein nicht einzelnen Pflichtverstößen von Individuen zurechnen ließen.⁶ Geseitert ist die Mehrzahl der Verfahren vielmehr daran, dass die Staatsanwaltschaften nicht in der Lage waren, die Anforderungen an den Nachweis des zumeist einzigen in Betracht kommenden Delikts – der Untreue – zu erfüllen. Der Untreuetatbestand ist also kein Instrument, das „immer passt“,⁷ sondern hat bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der Ausnahmelage „Finanzmarktkrise“ versagt.⁸ Das liegt zum einen daran, dass der Tatbestand mangels anderer einschlägiger Tatbestände als Notbehelf⁹ auf diesem ermittlungstechnischen Neuland¹⁰ eingesetzt werden musste. Zum anderen haben *BGH* und *BVerfG* die Nachweispflichten in den letzten Jahren derart verschärft, dass der Untreuetatbestand nicht nur bei der Bewältigung von Ausnahmesituationen, sondern zunehmend auch bei der Prüfung von Alltagsfällen versagt.¹¹ Als zu hoch erweisen sich häufig die Anforderungen an den Nachweis eines Schädigungsvorsatzes und an die Schadenshöhe. Hinzu kommt die Unklarheit darüber, wann ein Verhalten nicht nur gegen außerstrafrechtliche Pflichten verstößt, sondern auch „gravierend“ pflichtwidrig im Sinne der Rechtsprechung ist.

Eben jenes Merkmal, die gravierende Pflichtwidrigkeit, ist Gegenstand der vorstehend abgedruckten, in mehrerlei Hinsicht bemerkenswerten Entscheidung des 5. Strafsenats des *BGH*. Zu einem Zeitpunkt, in dem die Finanzmarktkrise bereits wie ein historisches Phänomen erscheint,¹² äußert

sich der *BGH* erstmalig zu einer Transaktion aus dem Umfeld der Finanzmarktkrise. Da Gegenstand des Verfahrens eine atypische Transaktion ist (II.1), vermag die Entscheidung des *BGH* zwar keinen Beitrag zur Klärung von Verantwortlichkeiten im Vorfeld der Subprime-Krise zu leisten. Sie trägt aber zur Weiterentwicklung der Untreuedogmatik bei und wirft zugleich Anschlussfragen zum Verhältnis von Straf- und Zivilrecht auf (II.2.).

II. Die Entscheidung des 5. Strafsenats

1. Atypischer Sachverhalt: Fehlgeschlagene Risikominimierung

Im Hintergrund des Verfahrens steht eine erhebliche Ausweitung der Geschäftstätigkeit der HSH-Nordbank in den Jahren vor 2007. Die Bank sollte, auch nach dem Willen der sie tragenden Länder Hamburg und Schleswig-Holstein, ein „Big Player“ werden und engagierte sich daher auch auf riskanten Geschäftsfeldern.¹³ Noch im Jahr 2007 wurden Kredite in so großem Umfang vergeben, dass die Obergrenzen für den Umfang der durch Eigenkapital abzusichernden gewichteten Risikoaktiva, die sogenannten risk weighted assets (RWA), teils deutlich überschritten wurden.¹⁴ Als die Finanzmarktkrise aufzog, fiel es vielen Banken zunehmend schwerer, die bestehenden Risiken abzubauen. Auch die HSH-Nordbank konnte ihre Risikopositionen nicht mehr zu akzeptablen Bedingungen weiterveräußern und sondierte daher die Option, unter „Ausnutzung bestimmter Besonderheiten der aufsichtsrechtlichen Vorschriften“ die Eigenkapitalquote durch eine „RWA-Entlastungstransaktion“ zu erhöhen, ohne „dabei den Umfang der wirtschaftlichen Risiken maßgeblich oder überhaupt zu verändern“¹⁵. All dies geschah unter höchstem Zeitdruck. Nachdem ein potenzieller Vertragspartner einer Entlastungstransaktion absprang, griff man zu der offenbar einzig verbliebenen Option, von der man sich wenigstens eine aufsichtsrechtliche Entlastung im Hinblick auf den Jahresabschluss 2007 erhoffte. Innerhalb von vier Tagen stimmten die Angeklagten am 20. 12. 2007 der ausgesprochen komplexen Transaktion im Wege des schriftlichen Umlaufverfahrens zu.¹⁶ Entgegen den bankinternen Regularien erfolgte zuvor keine Gesamtprüfung durch die Rechtsabteilung der Bank. Überdies ging aus den vorliegenden schriftlichen Einschätzungen („Voten“) nicht hervor, aufgrund welcher rechtlicher Erwägungen die Transaktion zu einer von der Bankenaufsicht akzeptierten Eigenkapitalentlastung führen sollte. Es kam, wie es kommen musste: Das Geschäft erbrachte nicht die erhoffte rechtliche Entlastung, sondern führte zu einem Verlust von rund 150 Millionen Euro, der im Jahr 2010 realisiert wurde.

Diese Skizze des Geschehens zeigt, dass der Entscheidung des *BGH* bezeichnenderweise keines der im Vorfeld der krisenhaften Zuspitzung abgeschlossenen Risikogeschäfte zugrunde liegt, sondern ein atypischer Sachverhalt. Vorgeworfen wird den Angeklagten nämlich nicht, dass sie für die Bank Risiken aufgebaut haben, sondern wie sie diese Risiken abzuschirmen versuchten, als die Finanzmarktkrise um sich zu greifen begann. Gegenstand des Untreuevorwurfs ist – genauer gesprochen – ein in doppelter Weise fehl-

4 Umfassend dazu die im Erscheinen begriffene Dissertation von *Gehlen*, Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a KWG, 2017.

5 *Jahn* wistra 2013, 41, 43. Siehe auch bereits *ders.* JZ 2011, 340, 346 f.

6 *Jahn* JZ 2011, 340, 345; *Lüderssen*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Die Finanzkrise, das Wirtschaftssystem und die Moral, 2010, S. 316. In diese Richtung auch *Rönnau*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 43, 62. A.A. *Fischer* ZStW 123 (2011), 816, 819 f.; *Krey*, in: *Festschrift für Roxin*, 2011, S. 1073 ff.; *Kubiciel* ZIS 2013, 53 ff.; *Wohlers* ZStW 123 (2011), 791, 814 f.; *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 1080; *ders.* NJW 2010, 1169 ff.; *Schünemann*, in: *ders.* (a. a. O.), S. 71, 80 f.; *Strate* HRRS 2012, 715 ff.

7 *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634.

8 Zur Hoffnung, das Strafrecht könne einen Beitrag zur Aufklärung der Subprime-Krise leisten, siehe *Wohlers* ZStW 123 (2011), 791, 814 f.

9 *Jahn* wistra 2013, 41.

10 Vgl. *Altenburg* BB 2015, 323.

11 Dazu und zum Folgenden *Kubiciel*, in: *Kempf et al.* (Hrsg.), Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen, 2015, S. 158, 162 f.; *ders.* NSZ 2005, 353, 355 ff.

12 *Fischer* ZStW 123 (2011), 816.

13 Dazu und zu den Hintergründen *Grabbe*, Zeit Online v. 20. 10. 2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2016/44/hsh-nordbank-vorstand-land-gericht-hamburg-dirk-jens-nonnenmacher> (zuletzt abgerufen: 14. 5. 2017).

14 *BGH* v. 12. 10. 2016 – 5 StR 134/15 = JZ 2017, 580, 581 Rn. 7.

15 *BGH* JZ 2017, 580, 581 Rn. 8.

16 Dazu und zum Folgenden *BGH* JZ 2017, 580, 581 f. Rn. 14 f.

geschlagener Versuch einer Risikoverringerung. Das *LG Hamburg* und der *BGH* problematisieren daher nicht die von einer (erfolgreichen) Risikoverringerung aufgeworfenen Zurechnungs- oder Rechtfertigungsfragen.¹⁷ Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob die Angeklagten (gravierend) pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB gehandelt haben. Die Antworten, die der 5. Senat gibt, verdienen Beachtung, da sie das schillernde Merkmal „gravierend“ in der Sache entwerfen und darüber hinaus das für den Untreuetatbestand konstitutive Zusammenspiel von außerstrafrechtlichen Pflichten und Untreuestrafbarkeit verändern.

2. Neubestimmung des Verhältnisses von außerstrafrechtlicher und strafrechtlicher Pflichtwidrigkeit

a) Bislang: § 266 StGB als asynchron-akzessorischer Tatbestand

Nach dem in der Literatur vorherrschenden Verständnis stellt § 266 StGB einen asynchron-akzessorischen Tatbestand dar, der die Vorwertungen des Zivilrechts nicht ungefiltert übernimmt, sondern einer gesonderten Prüfung auf ihre strafrechtliche Relevanz unterwirft.¹⁸ Dafür eigne sich insbesondere das Merkmal der gravierenden Pflichtwidrigkeit,¹⁹ hinter dem die Logik steckt, dass nicht jeder Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Norm zugleich strafrechtlich gravierend sein muss.²⁰ Diese Logik hatte sich das *LG Hamburg* zu eigen gemacht: Die Angeklagten hätten zwar in mehrfacher Hinsicht gegen § 93 Abs. 1 AktG verstoßen, diese Pflichtverletzungen seien aber weder bei isolierter Betrachtungsweise noch in einer Gesamtschau als gravierend zu bezeichnen.²¹

b) Strikte Bindung des § 266 StGB an § 93 Abs. 1 AktG

An dieser Unterscheidung zwischen einem Verstoß gegen außerstrafrechtliche Pflichten einerseits und einer strafrechtlich relevanten, gravierenden Pflichtwidrigkeit hält der 5. Strafsenat nur vordergründig fest,²² offenbar um der einschlägigen Forderung des *BVerfG* nach einer einschränkenden Auslegung des § 266 StGB Genüge zu tun.²³ In der Sache relativiert der Senat das umstrittene Merkmal indes, indem er betont, dass jeder Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG eine gravierende Pflichtverletzung darstelle: Seien die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten, liege eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die „gleichsam ‚automatisch‘“ so gravierend sei, dass sie den Tatbestand des § 266 StGB erfülle.²⁴ Diese semantische Strenge entschärft der Senat jedoch in der Sache sofort wieder: Denn nach seiner Auffassung sollen sämtliche Aspekte, die bislang bei der Prüfung des strafrechtlichen Merkmals „gravierend“ erörtert worden sind, bei der Auslegung des Primärrechts – also bei der Prüfung eines Verstoßes gegen § 93 Abs. 1 AktG – Berücksichtigung

finden können.²⁵ Diese Volte wirft die Frage auf, was mit dem De-facto-Verzicht auf die Prüfung der gravierenden Pflichtwidrigkeit gewonnen ist. Um es vorweg zu nehmen: In der Sache nicht viel. Stattdessen entlastet der Senat sich und andere Straferichte lediglich von der Schwierigkeit, in einer nachprüfbar Weise zwischen einer einfachen und einer gravierenden Pflichtwidrigkeit zu unterscheiden. Tatsächlich ist es der Rechtsprechung bislang nicht gelungen, für eine solche Unterscheidung einigermaßen klare Kriterien zu benennen.²⁶ Dessen ungeachtet hatte sich der 5. Strafsenat im Jahr 2013 deutlich zu einer strafrechtlichen „Filtrierung“ außerstrafrechtlicher Pflichtwidrigkeit bekannt, ohne jedoch den Begriff der gravierenden Pflichtwidrigkeit zu konturieren.²⁷ Eine solche Konturierung ist auch begriffslogisch nicht möglich.²⁸ Denn eine Pflichtwidrigkeit ist in objektiver Hinsicht nicht graduierbar. Vielmehr kann ein Verhalten nur an der binären Unterscheidung pflichtwidrig/pflichtgemäß gemessen werden. Steht fest, dass ein Handeln pflichtwidrig ist, ist eine zusätzliche Qualifizierung der Pflichtwidrigkeit nur möglich, wenn man zusätzlich die Folgen der Handlung (hier: die Höhe des Schadens) berücksichtigt oder auf die innere Einstellung des Täters abstellt, das heißt den Grad des Wissens und Wollens bei der Auslegung des objektiven Tatbestandes berücksichtigt. Da beides nicht überzeugt, kann das Schwerefordernis lediglich die Funktion eines Platzhalters für eine an der Evidenz ausgerichtete Einzelfallbewertung haben. Dies ist freilich dogmatisch höchst unbefriedigend²⁹ und erklärt auch die Suche des 5. Strafsenats nach einem festeren Halt im außerstrafrechtlichen Primärrecht, konkret in § 93 Abs. 1 AktG.

c) Kritik

Dieser Halt lässt sich jedoch im Aktienrecht kaum finden, wenn auf dieser Ebene lediglich jene Abwägung einzelner Topoi stattfinden soll, die bislang die Prüfung des Merkmals „gravierend“ prägte.³⁰ Darüber hinaus ist diese Problemverschiebung mit Folgekosten verbunden. Insbesondere läuft die strengere Bindung des § 266 StGB an die gesellschaftsrechtliche Vorwertung der Deutung der Untreue als eines *beschränkt* akzessorischen Tatbestandes zuwider. Praktische Probleme kann dies in Fällen haben, in denen ein Vorstand wegen der Verletzung einer unternehmensinternen Pflicht zugleich gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verstößt, die verletzte Pflicht aber nicht (vorrangig) dem Vermögensschutz dient.³¹ Hier könnte die strenge Bindung des § 266 StGB an § 93 AktG dazu führen, dass mit einem Tatbestand zum Schutz des Vermögens nicht-vermögensbezogene Normen oder aktienrechtliche Lauterkeitsstandards durchgesetzt werden. Diesen Folgen einer „*Nivellierung von Zivilrechts- und strafrechtlicher Verantwortung*“³² ließe sich

25 *BGH* JZ 2017, 580, 583 Rn. 28.

26 So *Theile* ZIS 2011, 616, 624. Kritisch gegenüber dem Merkmal „gravierend“ insbesondere *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 95; *Kindhäuser*, in: *NomosKommentar zum StGB*, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 75b; *Wafner*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 23), § 266 Rn. 94. A.A. *Dierlamm*, in: *MünchKommStGB*, 2. Aufl. 2006, § 266 Rn. 153; *Saliger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), *StGB*, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 47 ff.

27 *BGH* StV 2014, 88 ff.

28 Dazu und zum Folgenden bereits *Kubiciel* StV 2014, 91, 92 f.

29 Dazu auch *Becker* NStZ 2017, 232, 233.

30 Das gilt auch für den Vorschlag, § 266 StGB an der aktienrechtlichen Unterscheidung zwischen einfacher und „grober“ Pflichtwidrigkeit auszurichten (so *Brand* NJW 2017, 582), da dieser den einen unbestimmten Rechtsbegriff – gravierend – durch einen anderen – grob – ersetzt.

31 *Kubiciel* NStZ 2004, 353, 375 f., 360; *Nepomuck* NZWiSt 2017, 118, 119.

32 *Baur/Holle* ZIP 2017, 555, 557.

17 Dazu *Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 47 ff.

18 *Luderssen*, in: *Festschrift für Lampe*, 2003, S. 727, 729.

19 Dazu *Seibt/Schwarz* AG 2010, 301 ff.

20 Näher *Kubiciel* NStZ 2005, 353 m. 358 ff.

21 *BGH* JZ 2017, 580, 582 Rn. 21.

22 *Becker* NStZ 2017, 232, 233. Lediglich das Festhalten an diesem Merkmal betonend *Rettenmaier/Gessert* jurisPR-Compl. 2/2017 Anm. 2.

23 *BVerfGE* 126, 170, 198 f., 211 f. Dazu, dass eine restriktive Auslegung kein Festhalten am Merkmal „gravierend“ erfordert, siehe bereits *Vogel/Hocke* JZ 2006, 568 ff.; ferner *Wafner*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2017, § 266 StGB Rn. 9.

24 *BGH* JZ 2017, 580, 582 f. Rn. 27. Zustimmung *Bittmann* wistra 2017, 121, 123; *Scholl* EWiR 2017, 103, 104.

nur mit einer – vom 5. Senat wohl auch beabsichtigten – engen Auslegung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG begegnen. Paradoxe Weise könnte sich dann aber auch das Zivilrecht von einer Kolonisierung durch das Strafrecht bedroht fühlen. Denn zum einen müssen Zivilgerichte und Aufsichtsräte bedenken, dass sie bei einer strikten Bindung des § 266 StGB an das Aktienrecht stets auch den Staatsanwalt auf den Plan rufen, wenn sie Vorständen einen Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG attestieren.³³ Die Interpreten des Zivilrechts dürften sich daher alsbald verstärkten Forderungen nach einer strafrechtssensiblen Interpretation des § 93 Abs. 1 AktG ausgesetzt sehen.³⁴ Und zum anderen könnten sich Zivilgerichte etwa bei Schadensersatzverfahren an eine (strengere) Auslegung des § 93 AktG durch Staatsanwaltschaften oder Strafgerichte gebunden fühlen. Auch auf diese Weise könnte eine strafrechtssensible, enge Auslegung die zivilrechtliche Praxis determinieren.

d) Vertretbarkeitsmaßstab

Die strikte Bindung des § 266 StGB an § 93 Abs. 1 AktG entlastet also einerseits das Strafrecht nur marginal, führt aber andererseits zu einer Rücknahme der intrasystematischen Ausdifferenzierung von Zivil- und Strafrecht³⁵ und infolgedessen zu beträchtlichen dogmatischen und praktischen Folgekosten auf beiden Seiten der miteinander verbundenen Rechtsmaterien. Dabei hätte eine konstruktiv „schlankere“ und dogmatisch weniger folgenreiche Auslegung des Begriffs „gravierend“ nahegelegen. Diese lässt der 5. Strafsenat im Rahmen der Prüfung anklingen, unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen die Informationspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu einer Verletzung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG hochgestuft werden kann, der nach Auffassung des Senats gleichbedeutend mit einer Tatbestandsmäßigkeit nach § 266 StGB ist. Bei dieser Prüfung verfährt der Senat ausgesprochen „täterfreundlich“. Werde der Informationspflicht Genüge getan, befinde sich der handelnde Vorstand in einem „sicheren Hafen“. Verlasse er diesen Hafen (verletzt er also seine Informationspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), liege darin aber nicht auch zwingend ein Verstoß gegen die (grundlegendere) Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.³⁶ Letzterer sei nur bei einem „schlechthin unvertretbaren Vorstandshandeln“ anzunehmen.

Dahinter steckt eine Logik, die sich hervorragend in die Struktur des § 266 StGB einfügt, der dem Schutz des Vermögensinhabers vor Handlungen des Dispositionsbefugten dient: Erstgenannter muss sich im Handeln des zur Betreuung seines Vermögens bestellten Verwalters vertreten sehen können.³⁷ Erst bei einem Verhalten, das die Interessen des Vermögensinhabers in keiner Weise mehr widerspiegelt, liegt eine – in diesem Sinne – „unvertretbare“ Entscheidung über fremdes Vermögen vor, ist also die strafrechtliche Verbotszone erreicht. Diese Einsicht folgt bereits aus Struktur und Telos des § 266 StGB, sie macht den komplizierten und an Fallstricken reichen Umweg des 5. Strafsenats über § 93 Abs. 1 Sätze 1, 2 AktG unnötig.

2. Vermögensschaden und Vorsatz

Die Frage, ob der Versuch der Risikoabschirmung trotz der Kosten und seiner wirtschaftlichen Sinnlosigkeit nicht doch den Interessen der Eigentümer der HSH-Nordbank gedient haben könnte, erwähnt der BGH erst bei seinen Hinweisen für die neue Hauptverhandlung. Bei der Prüfung des Vermögensschadens habe das Gericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlustes in Betracht zu ziehen.³⁸ Dahinter steckt die wirtschaftlich naheliegende Überlegung, dass in der Aufregung des Jahres 2007 bereits der Abschluss des Sicherungsgeschäfts als solches zu einer positiven Bewertung durch den Kapitalmarkt geführt haben dürfte. Dies würde auch die große Eile erklären, mit der der Vorstand diese Transaktion (wohl die letzte verbliebene Option) vorangetrieben hat. Nach der hier vertretenen Auffassung führte ein solcher Kapitalmarkterfolg – wenn er denn eingetreten sein soll – schon zur Verneinung einer strafrechtlich gravierenden Pflichtwidrigkeit. Demgegenüber will der 5. Senat einen derartigen Erfolg erst bei der Prüfung des Schadens in Rechnung stellen und dies auch nur unter einer einschränkenden Bedingung: Kompensationsfähig sei ein Kapitalmarkterfolg nur, wenn der Abschluss der Transaktion nicht pflichtwidrig i.S. des § 93 AktG gewesen wäre.³⁹ Damit verlässt der 5. Senat hingegen – ohne dies auch nur mit einem Wort zu problematisieren – den Bezugsrahmen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs.⁴⁰ Diese versteckte Normativierung des Vermögensbegriffs ist ein weiterer Schritt auf dem Weg einer sich schleichend vollziehenden Renormativierung der Vermögensdogmatik.⁴¹

Sollte das LG in einer neuen Hauptverhandlung sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch einen Schaden bejahen, müsste es sich mit einer letzten Frage befassen: Lässt sich wirklich annehmen, dass die Angeklagten den Eintritt eines (nicht kompensierten) Vermögensschadens in Kauf nahmen, als sie das Sicherungsgeschäft abschlossen? Das ist, jedenfalls aus der Sicht eines entfernten Beobachters, wenig wahrscheinlich – weniger wahrscheinlich jedenfalls als das Vorliegen eines bedingten Schädigungsvorsatzes bei jenen Bankmanagern, die im Vorfeld der Finanzmarktkrise unüberschaubare Risiken aufgetürmt hatten. Über derartige – wahrlich riskante – Geschäfte hatten LG und BGH in diesem atypischen Fall einer fehlgeschlagenen Risikoabschirmung indes nicht zu entscheiden.

III. Fazit

Die Entscheidung des 5. Senats stellt das erste und vermutlich auch einzige Kapitel höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Finanzmarktkrise der Jahre 2007 und 2008 dar. Zugleich schreibt sie den langen und windungsreichen Fortsetzungsroman über den Tatbestand der Untreue fort. Jedoch sollte der eingeschlagene Weg einer strikten Bindung des § 266 StGB an das Aktienrecht bei gleichzeitiger Verlagerung der materiellen Auslegungsprobleme in den § 93 AktG nur eine kurze Episode sein: zu gering ist der praktische Ertrag, zu groß sind die dogmatischen Folgeprobleme.

³³ Müller-Michaels BB 2017, 82.

³⁴ Für eine grundrechtssensible Rekonstruktion des Primärrechts durch Strafgerichte plädieren hingegen Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 266 Rn. 27.

³⁵ Dazu Theile ZIS 2011, 616, 626.

³⁶ Dazu und zum Folgenden BGH JZ 2017, 580, 583 Rn. 31.

³⁷ Kubiciel NStZ 2005, 353, 360.

³⁸ BGH JZ 2017, 580, 585 Rn. 50.

³⁹ BGH JZ 2017, 580, 585 Rn. 51.

⁴⁰ Kritisch dazu auch Becker NStZ 2017, 232, 233 f.; Nepomuck NZWiSt 2017, 118, 119.

⁴¹ Zu Beispielen siehe Kubiciel, in: Fischer et al. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 153 ff.; ders. JZ 2014, 99 ff.